

# INGEBORG MAUS E O JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

---

## RESUMO

Traça breve reconstrução de algumas das críticas que a jurista alemã Ingeborg Maus faz a respeito da Corte Constitucional da Alemanha (e do Judiciário como um todo), mostrando os perigos da adoção irrestrita da jurisprudência dos valores.

Discute ainda a crítica que a autora faz a Ronald Dworkin, procurando situar melhor o jurista americano e redirecionar a crítica a Robert Alexy, um dos mais destacados defensores da jurisprudência dos valores e que tem exercido boa influência no Brasil pela adoção de institutos como o "princípio da proporcionalidade".

Em razão disso e das recentes alterações do Judiciário brasileiro, indaga acerca da aplicação no Brasil das críticas de Ingeborg Maus, as quais podem ser resumidas na questão do papel do Judiciário, como órgão constitucional que decide casos a partir de razões de Direito ou de uma superentidade que exerceria o papel de superego de uma sociedade órfã.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito; Sociologia; Dworkin; Ingeborg Maus; Poder Judiciário; Alemanha; Direito Constitucional; moral.

---

**P**ara Ingeborg Maus<sup>1</sup>, o Judiciário na Alemanha, principalmente na figura da Corte Constitucional, desde o período liberal, aumenta progressivamente suas funções, num movimento em que procura substituir funcionalmente a figura de “pai” que a Monarquia até então ali desempenhara.

Essa figura do “pai” (a que se refere a autora) representa, no caso, o papel do “superego coletivo” de uma “sociedade órfã”, carente de tutela. A tradição psicanalítica concebe esse fato como a reincorporação da figura paterna num clã canibal que havia eliminado o patriarca castrador (que ditava e assim representava a lei). Quando aquele que gerava assimetria é eliminado, o clã resta abandonado à condição de um grupo de “iguais” e “livres”; contudo, o grupo não consegue suportar tal situação e reintroduz, por isso, a assimetria: coloca-se alguém para novamente ditar as leis e, pois, ser o novo “pai”<sup>2</sup>.

Não nos esqueçamos de que o processo de dessacralização da sociedade deixou no seio desta um vazio axiológico que, até certo momento, foi ocupado, na Alemanha, pela figura do monarca. Com o fim da Monarquia, abre-se mais uma vez o problema acerca de quem poderia representar o “censor moral” da sociedade. Contingencialmente, naquela nação, a partir do momento em que a Corte Constitucional assumiu esse papel, acabou por retirar do Parlamento (e mais ainda, da esfera pública) a função de arena pública de debate. *A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso (...) é alcançada por meio da centralização da “consciência” social na Justiça. (...) Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social*<sup>3</sup>.

Tal constatação também preocupa P. Häberle<sup>4</sup>: *La cuestión que va siendo ahora de plantearnos es, si la mirada hacia Karlsruhe (...) no comporta altos costes. Esforzándose al máximo por la invulnerabilidad constitucional de las propias decisiones, el Legislador acaba arriesgando más bien poco y descuidando la propia misión política de configuración. ¿No trae ello como “consecuencia” cierto descuido de la cultura democrática de debate (Streitkultur) a dirimir en la arena política?*<sup>5</sup>

Maus, ao reconstruir a história

do Judiciário na Alemanha, desde o século XIX, mostra que, inicialmente, este assimilou os princípios liberais de vinculação às leis gerais e abstratas, além da limitação à interpretação da lei pelo juiz (*juiz bouche de la loi*). No entanto, após esse primeiro período, o Judiciário alemão vai progressivamente perdendo aquela vinculação estrita à lei à medida que cresce uma autocompreensão peculiar quanto a seu papel na aplicação do Direito.

A ascensão do nazismo cobrou na Alemanha uma desvinculação do juiz à lei (e à Constituição de Weimar), fazendo com que pretensos direitos naturais suprapositivos se sobrepujassem e subordinassem à leitura dos direitos fundamentais. Como nos lembra Ernesto Garzón Valdés, o período nazista, ao contrário do que crêem alguns, é marcado mais por um “jusnaturalismo racista” do que pelo apego positivista à lei<sup>6</sup>. Após a 2ª Guerra, a despeito da derrota do nazismo, os setores mais conservadores do Judiciário e de Escolas de Direito alemãs (que haviam atuado significativamente pró-nazismo) tiveram um papel importante na reconstrução institucional do País, inclusive com a criação de uma “Corte Constitucional”<sup>7</sup>.

A partir daí, a independência do Judiciário passou a significar, muito mais do que independência funcional frente aos demais poderes, uma desvinculação à autoridade das leis e da Constituição.

A emergência de um Direito suprapositivo fez com que a Corte Constitucional, além de aumentar, por conta própria, suas funções, se considerasse competente para julgar até a própria Constituição, dando-lhe a interpretação que lhe parecesse melhor. Tudo porque a referência a um Direito suprapositivo pressupõe que se perceba a Constituição como uma ordem concreta de valores que à Corte Constitucional cabe densificar: quando a Corte procede ao controle de constitucionalidade, exerce sua competência de julgar axiologicamente as opções do legislador, avaliando, pois, o conteúdo valorativo das leis e, até, se estas foram elaboradas dentro da margem de discricionariedade que a Corte julga que o legislador possui em cada caso<sup>8</sup>.

Segundo Maus, o Judiciário alemão inserir-se-ia numa doutrina muito difundida na Alemanha (a jurisprudência dos valores), mas abrangeria outras leituras que confundiriam o Direito e a moral, subordinando aquele a esta. Nesse ponto ela coloca Dworkin, por acreditar que o juris-

ta (com seu conceito de “Integridade”) acaba por não diferenciar Direito e moral<sup>9</sup>.

No entanto, a despeito da brilhante análise crítico-reconstrutiva do Judiciário em seu país, a crítica de Maus a Dworkin não procede. Talvez influenciada pela leitura alexyana que o jurista americano possui na Alemanha<sup>10</sup>, a autora acaba por compreender de forma equivocada sua proposta. Desde as perspectivas de Günther<sup>11</sup> e Habermas<sup>12</sup>, as críticas de Maus seriam muito melhor aplicáveis a Alexy – e dificilmente a Dworkin. Segundo aqueles, Dworkin concebe muito claramente a diferença não só entre Direito e moral, mas também destes para com argumentos éticos e pragmáticos, por exemplo.

Dworkin<sup>13</sup> demonstra que argumentos morais, éticos e pragmáticos desempenham um papel importante no processo legislativo, mas, após sua incorporação ao Direito, sua reivindicação jurisdicional apenas se pode dar por meio de argumentos de princípio (jurídicos) e não (mais) por argumentos de política<sup>14</sup>.

Os princípios, argumenta Habermas<sup>15</sup>, como normas jurídicas que são, movem-se por uma lógica discursiva diferente dos valores. Princípios são comandos deontológicos (obrigações binariamente codificadas de expectativas de comportamento); já valores possuem um código gradual acerca de preferências que competem entre si numa ordem transitiva e referente a uma forma de vida (que se pressupõe homogênea).

O “problema” é que Alexy, apesar de reconhecer a natureza diversa entre aqueles, parece não levá-la a sério e justifica a solução de “conflitos” entre princípios a partir do mesmo método de solução de conflitos entre valores. Assim, os direitos fundamentais, como princípios, são mandados de otimização que devem ser realizados na medida do possível, dados os custos e benefícios envolvidos. Os princípios possuiriam forma jurídica, mas seriam regidos por conteúdos morais. Dessarte, Alexy coloca a argumentação jurídica como um caso especial da argumentação moral<sup>16</sup>.

Dessa forma, a referida subordinação do Direito à moral, presente na crítica de Ingeborg Maus, parece-nos ser melhor aplicável a Alexy e à sua intransigente defesa da Corte Constitucional alemã, colocando-a, de fato, como censor moral da (órfã) sociedade alemã. Dworkin, ao contrário, ao defender a construção do Di-

reito como romance em cadeia, em que cada caso comparece como caso único que a comunidade de princípios (jurídicos) tem diante de si, procura diferenciar uma argumentação propriamente jurídica de uma argumentação baseada em política ou em moral.

Deve-se refletir em que medida as críticas de Ingeborg Maus à Corte Constitucional alemã acima expostas podem ser aplicadas ao Supremo Tribunal Federal, notadamente a partir do momento em que, por exemplo, este se considera uma Corte Constitucional nos moldes europeus (ou ao menos num processo nesse sentido)<sup>17</sup>. Se entendemos que a solução para nossa (?) “Crise do Judiciário” se dará com a concentração de competências nas mãos dos tribunais superiores — basta vermos a Emenda Constitucional de Reforma do Judiciário —, é bom pensarmos sobre a possível aplicação das críticas de Ingeborg Maus ao nosso Judiciário e à aplicação irrestrita do princípio da proporcionalidade como panacéia de resolução de nossos conflitos entre direitos fundamentais — principalmente porque isso implica referência a uma ordem suprapositiva de valores, confundindo direitos, normas morais, políticas, argumentos de custo/benefício etc.

## REFERÊNCIAS

- 1 MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000.
- 2 BARUS-MICHEL, Jacqueline. A democracia ou a sociedade sem pai. In: ARAÚJO, José Newton; SOUKI, Léa Guimarães; FARIA, Carlos A. Pimenta de. *Figura paterna e ordem social*: tutela, autoridade e legitimidade nas sociedades contemporâneas. Belo Horizonte: Autêntica; PUC Minas, 2001. p. 35. A autora mostra que, para Freud, e depois para Lacan, o pai é a figura da Lei. *Figura quer dizer aqui que ele é, enquanto senhor da mulher e ameaça de castração para os filhos, a origem, o fundamento e a realização daquilo que constitui a lei*. Ver ainda SOUKI, Léa Guimarães. A metamorfose do rei: tradição e mudança em processos de democratização. In: ARAÚJO; SOUKI; FARIA, *op. cit.*, p. 143-170.
- 3 MAUS, *op. cit.*, p. 186-187.
- 4 HÄBERLE, Peter. Jurisprudencia constitucional. In: LOPEZ PINA, Antonio. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*: Alemania, España, Francia e Italia. Madrid: Civitas, 1991. p. 340.
- 5 Ver ainda Klaus Schalaich (*apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 67).
- 6 Segundo Garzón Valdés, a ascensão do nazismo significou na Alemanha antes a proposta de um *Jusnaturalismo Racial* do que o apego a um positivismo de viés kelseniano (ao contrário do que invariavelmente se diz). Repudiando o apego à lei, juristas da época defendiam a submissão do Direito positivo a uma *ordem concreta de valores*. (GARZÓN VALDÉS, Ernesto (compilador). *Introducción*. In: *Derecho y Filosofía*. Barcelona: Alfa, 1985, p. 5-41).
- 7 MAUS, *op. cit.*, p. 196-198.
- 8 ALEXI, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 64, jul./set. 1999. Para o autor, se há nos Estados modernos uma luta pelos direitos fundamentais, o árbitro dessa luta não é o povo, mas o Tribunal Constitucional. Enquanto o Parlamento representaria o povo politicamente, o *tribunal constitucional* (o representa) *argumentativamente* (*idem*, p. 66). Um melhor desenvolvimento dessa *preeminência* do Tribunal Constitucional encontra-se no posfácio do seu *a theory of constitutional rights*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002. p. 388-425. Sobre um “direito suprapositivo” a determinar até a Constituição, ver também: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994. p. 3; MÜLLER, Friedrich. O significado teórico de “constitucionalidade/inconstitucionalidade” e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no Direito alemão. *Palestra realizada na Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, em 19/9/2002. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/pgm>>. Acesso em: 20 jul. 2003; MENDES, Gilmar F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 463.
- 9 MAUS, *op. cit.*, p. 186-187.
- 10 ALEXI, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993. p. 14 e ss.
- 11 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na moral*: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.
- 12 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998. p. 328 e ss. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 357 e ss.
- 13 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 101 e ss.
- 14 Valendo-nos das premissas de Dworkin, podemos afirmar que Alexy, a despeito de pretender diferenciar as regras e os princípios, acaba confundindo estes com as “diretrizes políticas”, isto é, Alexy não **diferencia** estas normas (que prescrevem que direitos os cidadãos possuem num determinado sistema constitucional) e as “políticas” públicas (que tratam de como promover **melhor** o bem-estar geral). Segundo ainda Dworkin (*op. cit.*, p. 107 e ss.), o processo legislativo se move em torno de questões de “política”. No entanto, ao ser levantada em juízo, o é como uma *questão de princípio*, isto é, de direitos, não de “políticas”. CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 88-89.
- 15 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*, *op. cit.*, p. 355 e ss.
- 16 Para mais detalhes sobre a “teoria do caso especial” em Alexy, ver CATTONI DE OLIVEIRA. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 96 e ss. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La tesis del caso especial y el positivismo jurídico. *Revista Doxa*, Alicante, n. 22, p. 209-210, 1999; e o próprio Alexy em *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 38 e ss. A Teoria do Discurso Prático Geral das Normas, que soluciona conflitos entre normas morais poderá, em Alexy, ser usada para a argumentação jurídica, já que é um caso especial daquela, diferenciando-se tão-só em termos lógico-extensivos (CATTONI DE OLIVEIRA. *Direito Processual...*, *op. cit.*, p. 156).
- 17 Ver, por exemplo, os votos dos Ministros Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento da ADC n. 4.

Artigo recebido em 16/2/2005.

## ABSTRACT

The author outlines a brief reconstruction of some of the criticisms from German jurist Ingeborg Maus of the Constitutional Court of Germany (and the Judiciary Power as a whole), pointing out the hazards of unrestricted adoption of the jurisprudence of values.

He also discusses the authoress' criticism of Ronald Dworkin, trying to understand the American jurist better and redirect criticism to Robert Alexy, one of the most remarkable defender of the jurisprudence of values, who has had good influence in Brazil by the adoption of institutes as the “principle of proportionality”.

Given such facts and the recent changes of Brazilian Judiciary, he enquires about the application of Ingeborg Maus' criticisms in Brazil, which come down to the matter of the Judiciary role, as a constitutional organ that decides cases based on legal reasons or on a super-entity performing the superego role of an orphan society.

KEYWORDS – Law; Sociology; Dworkin; Ingeborg Maus; Judiciary Power; Germany; Constitutional Law; moral.

**Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia** é Mestre e doutorando em Direito Constitucional na UFMG e Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Estácio de Sá em Belo Horizonte - MG.